

# DROIT ET ECONOMIE – AUTONOMIE ET FERTILISATION

Publié dans: *Droit et économie - Des divergences aux convergences*, Serge Schweitzer et Loïc Flourey (dir.), Paris, Dalloz, 2019, pp. 11-23

**Ejan Mackaay**

Fellow, CIRANO  
Professeur émérite  
Université de Montréal  
ejan.mackaay@umontreal.ca

<i>Résumé</i> .....	2
<i>I. Droit et économie, et les enjeux de leur union</i> .....	5
A. Les deux partenaires .....	5
B. Un possible portrait de l'union .....	6
C. Leçons pour le droit .....	7
D. Quel apport des sciences sociales au droit ? .....	8
<i>II. L'union de fait : l'analyse économique du droit</i> .....	9
A. Un peu d'histoire .....	9
B. Comment fonctionne l'analyse économique du droit : deux exemples .....	11
C. La place de l'analyse économique du droit .....	14
<i>Conclusion</i> .....	17
<i>Bibliographie</i> .....	19

Rédigé pour les Actes du Colloque  
*Droit et économie : des divergences aux convergences*  
tenu à l'ICES, La Roche-sur-Yon  
le 6 avril 2017

octobre 2018

## **RÉSUMÉ**

Dans cet article, nous nous interrogeons sur l'union possible entre le droit et l'économie. Le droit est, au premier abord, une discipline qui table sur la formulation et l'interprétation d'ensembles complexes de règles visant à réguler la vie en société. L'évolution récente des technologies de l'information a augmenté de façon spectaculaire le volume des textes auxquels on peut effectivement avoir accès. Cela a fait sauter les contraintes qu'il y avait à l'adoption de nouveaux textes. Nous connaissons maintenant une véritable inflation normative.

Cette inflation risque de faire oublier le pendant du droit comme étude de textes, à savoir le droit comme impact sur la société. Ce pendant est toutefois incontournable, car le droit n'est accepté que s'il produit des effets sociaux souhaitables. Comment le juriste s'informe-t-il de ces effets sociaux ? La seule intuition du juriste et l'étude des décisions judiciaires ne suffisent pas. Il faut se tourner vers les sciences sociales.

Parmi celles-ci, la science économique est la dernière venue, mais la plus prometteuse. Elle donne lieu à l'analyse économique du droit. L'analyse économique du droit offre des perspectives intéressantes dans tous les champs du droit. Pourtant elle n'est pas elle-même une théorie du droit. Pour l'application pratique du droit, il importe de se fier aux textes juridiques tels que rédigés. L'application formelle des règles de droit offre une économie dans le fonctionnement du droit, qui serait inaccessible si l'on voulait calculer la solution efficiente économiquement à tout différend qui surgit en société. Le savoir classique du juriste prime ici.

Le droit formel, avec une complexité sans cesse croissante, peut se trouver décalé par rapport à la mission sociale qu'il doit remplir. Il s'agit alors pour le juriste de disposer d'un système d'alarme qui l'avertit de la nécessité d'adapter ou de réformer la règle écrite. L'analyse économique du droit peut fournir un tel système d'alarme.

Si la réforme est de mise, l'analyse économique du droit donne prise sur les effets de règles alternatives à envisager. En pointant les effets des règles et en retrouvant, à travers leur formulation, leur finalité, l'analyse économique du droit permet de mieux voir la structure profonde du droit. Dans un sens voisin, elle permet de structurer un domaine du droit encore peu exploré, comme le découvrent, à leur profit, les doctorants.

Comment envisager l'union de fait entre le droit et l'économie ? Pour l'application courante du droit, l'approche, plutôt positiviste, du juriste est de mise. En même temps, le juriste doit être équipé pour saisir les effets sociaux

du droit ou pour en discuter intelligemment avec les personnes mieux formées pour les saisir dans des cas complexes. C'est l'analyse économique du droit qui peut fournir ce savoir, complémentaire au savoir propre du juriste. Convainquons les juristes de l'insérer dans la formation en droit, de préférence en accompagnement de l'étude du droit positif.

« S'il y a un pays européen où l'Analyse Économique du Droit peine à s'imposer, c'est bien dans l'Hexagone. »<sup>1</sup> Si cette phrase résume bien la situation de l'analyse économique du droit en France, elle vaut aussi, en moindre mesure, il me semble, pour la Belgique francophone (par comparaison avec la Flandre), le Luxembourg, la Suisse francophone et le Québec (par contraste avec le reste du Canada, notamment Toronto).

À plusieurs reprises, j'ai cherché à savoir pourquoi il en est ainsi<sup>2</sup>. Peut-être, y avait-il la crainte que le savoir propre du juriste soit remplacé par du savoir d'économiste, de surcroît d'inspiration « anglo-saxonne » et « ultra-libérale ». De plus, comme le relève le doyen Gaudreault-Desbiens, le rôle particulier de légitimation et de systématisation que joue la doctrine dans les systèmes civilistes francophones s'accommoderait mal du regard externe au droit que pose l'analyse économique du droit<sup>3</sup>. De ce fait, l'analyse économique n'y serait pas considérée comme faisant partie de la doctrine proprement dite.

Le mariage entre le droit et l'économie, qu'appellent de leurs vœux Schweitzer et Floury, invite à un nouveau regard sur cette problématique. Dans un premier temps, nous examinerons les candidats au mariage et chercherons les enjeux d'une union. Dans une deuxième partie, nous étudierons comment l'union s'est bâtie ailleurs et ce qu'elle apporte au droit.

---

<sup>1</sup> Schweitzer 2015, 135

<sup>2</sup> Mackaay 1987 ; Mackaay 2008.

<sup>3</sup> Gaudreault-Desbiens 2015, aux pp. 111 s.

## **I. DROIT ET ÉCONOMIE, ET LES ENJEUX DE LEUR UNION**

### **A. Les deux partenaires**

Au premier regard, les disciplines du droit et de l'économie diffèrent substantiellement. Le propre du droit est de fournir des règles pour éviter ou résoudre des conflits pouvant intervenir entre individus et ainsi de leur permettre de coordonner leurs actions. Pour que les règles puissent jouer ce rôle, elles doivent être accessibles et compréhensibles, sans contradiction (cohérence) et sans lacune, et relativement stables (certitude du droit). En outre, les juristes doivent s'affairer afin que, pour toute action potentiellement litigieuse, il soit facile de trouver les règles applicables et de déterminer ce qu'elles impliquent.

La science économique, par contraste, s'affaire à expliquer et à prédire les choix que feront les individus lorsque la rareté des objets, du temps de chacun ou des informations disponibles les obligent de choisir. Les règles interdisant ou imposant certaines conduites modifient les avantages et les coûts auxquels font face les individus voulant s'engager dans de telles conduites et cela pourra changer l'option qui leur paraîtra la meilleure. La modification des règles entraînera une modification du comportement des individus qui y sont assujettis. On pourrait alors déterminer quelle serait la meilleure règle du point de vue individuel et, au-delà, du point de la société tout entière.

À première vue, deux partenaires fort différents, voire incompatibles. L'apport de l'économiste à l'univers du juriste est une dimension nouvelle, ou du moins négligée, par rapport au savoir propre du juriste. L'apport du juriste à l'univers de l'économiste est de fournir une analyse détaillée d'un ensemble d'institutions formelles, qui restreignent les choix ouverts aux individus.

Les apports ne sont pas symétriques. Le juriste, au contact avec l'économiste, fait face à une extension de la réalité qu'il considère normalement dans le cours de son métier. L'économiste, en revanche, se voit apporter par le juriste un très considérable domaine d'application, mais qui ne modifie pas foncièrement la nature du savoir propre à son métier. Cette asymétrie explique peut-être pourquoi le mariage proposé ne présente pas le même intérêt pour les deux partenaires.

## **B. Un possible portrait de l'union**

Pouvons-nous nous faire une idée de l'éventuelle union des deux disciplines ? Pour orienter le regard, permettez-moi de développer un modèle non formel sous forme d'une petite histoire vécue.

En 2012, ma femme et moi avons pu assister à certains événements aux Jeux olympiques de Londres. L'un des événements était un match de hockey sur gazon, sport que j'ai pratiqué moi-même dans ma jeunesse.

Le hockey sur gazon est un sport légèrement plus rapide que le foot et (aussi) agréable à jouer et à voir. J'ai remarqué que plusieurs règles du jeu avaient été modifiées, notamment<sup>4</sup> :

- Une balle sortie du terrain n'est plus rentrée en la roulant à la main, mais avec le bâton et le joueur peut le garder pour soi en la remettant au jeu
- Le corner long, pris du coin du terrain, a été aboli et remplacé par un simple coup franc.

Quel est l'intérêt de changer ces règles ? À la recherche d'une réponse, je me suis rappelé qu'autant le corner long que le roulement à la main de la balle ralentissaient sensiblement le jeu, sans donner un avantage notable à la partie qui devrait en profiter ; le corner long conduisait rarement à un but. En fait, ces règles donnaient un avantage à la partie défensive, à qui elles accordaient le temps de se regrouper, tuant ainsi l'attaque.

La modification de ces règles pouvait se comprendre dans l'optique de leur finalité : créer un jeu intéressant à jouer pour les joueurs et à regarder pour les spectateurs ; accélérer le jeu et augmenter les chances de marquer des buts. D'autres règles pouvaient se comprendre dans la même optique. La règle de l'avantage, par exemple : si une partie commet une infraction, mais que la balle est déjà en possession de l'autre partie, qui attaque, on n'interrompt pas le jeu pour un coup franc. Cette règle aurait pu surgir d'une pratique d'interprétation des règles existantes au sujet des coups francs *dans l'optique de leur finalité*.

Bon nombre de règles du jeu se comprennent à la lumière de sa finalité. La finalité imbibe en quelque sorte les règles ; elle en est la trame sous-jacente uniforme, la structure profonde, si l'on ose dire. Dès qu'il est question de changer les règles, il faut retrouver et s'inspirer de leur finalité.

Pourtant, il est utile d'écrire les règles. Pendant le jeu, elles doivent pouvoir être appliquées par les deux arbitres de manière rapide et routinière, sur la seule base du texte écrit. Les joueurs doivent savoir à quoi s'en tenir, sans longue cogitation, et pouvoir planifier leurs stratégies en conséquence. Si les

<sup>4</sup>

Les règles actuelles (version 2017 ; en anglais) se trouvent ici : <http://www.fih.ch/inside-fih/our-official-documents/rules-of-hockey/> <http://www.fih.ch/media/12236728/fih-rules-of-hockey-2017.pdf>.

règles s'avèrent malgré tout sujettes à interprétation, celle-ci soit s'inspirer de leur finalité, mais cela demande peut-être du temps de réflexion.

### **C. Leçons pour le droit**

La petite incursion dans le hockey sur gazon nous permet de nous faire une première idée sur le rapport entre le droit et l'économie. Les règles du droit facilitent la coordination des actions des individus en société. On pourrait y voir une finalité du droit.

Le droit fonctionne bien dans la mesure où ces règles peuvent être immédiatement comprises et appliquées, et où les individus peuvent être sûrs que les règles resteront stables pendant un temps raisonnable (*certitude du droit*). Il est possible que l'application des règles donne parfois lieu à un résultat qui, rétrospectivement, n'est pas optimal du point de vue de la finalité identifiée. Dans l'ensemble, cependant, l'application routinière du droit par l'entremise des textes écrits est plus économe que ne le serait la résolution des conflits par le recours à la finalité, au cas par cas.

À mesure que le nombre de règles différentes augmente, il faut une « armature » pour les garder accessibles, cohérentes, sans lacune. C'est l'autonomie du droit ou la spécificité du savoir des juristes. Plus le nombre de règles augmente, et plus leur poids consolidé risque de nous placer devant des règles individuelles qui soient moins à propos. Il s'agit alors d'interpréter les règles, d'en changer la formulation même ou de concevoir une régulation de novo. Ces activités devraient faire intervenir la finalité des règles. Elles font aussi partie du savoir propre du juriste.

L'autonomie du droit concerne au premier chef l'armature des règles. Avec le volume et la complexité croissants, l'armature prend le devant et tend à repousser vers l'arrière, et même à faire oublier, la finalité du droit – sa mission sociale. L'informatisation du droit au cours du dernier demi-siècle a pu exacerber la mise en vedette des textes au détriment de la considération de leurs effets sociaux.

Pourtant, le droit n'est accepté que dans la mesure où il remplit bien sa mission sociale. La mission sociale du droit est l'élément commun qui se dégage de l'étude des règles selon leur finalité. Si l'application textuelle du droit est souhaitable, car économe pour l'application courante, la finalité commune sous-jacente des règles (la mission sociale) revient au premier plan dès lors qu'il s'agit d'interpréter des règles, de les modifier ou de concevoir une réforme en profondeur. Mais le juriste est mal préparé pour l'étude de la finalité des règles, leurs effets sociaux. Cela relève des sciences sociales.

#### **D. Quel apport des sciences sociales au droit ?**

Si ce qui précède nous paraît maintenant assez évident, il n'en a pas toujours été ainsi. Pendant longtemps, les autres sciences sociales étaient incapables de proposer des services utiles au droit, même s'il faut admettre aussi que les juristes, de leur côté, ne daignaient pas en demander.

Pour prendre un exemple, le sociologue du droit norvégien Vilhelm Aubert a étudié les effets de l'introduction, en 1948, d'une loi, la *Norwegian Housemaid Act*. La loi visait à protéger les aides-domestiques contre l'exploitation au titre des heures travaillées, du paiement « en nature », de l'absence de vacances, etc. Dans le compte-rendu de son enquête sur le terrain, publié en anglais en 1967, il explique que la loi n'avait pas l'effet voulu, étant largement ignorée autant des bénéficiaires visés que de leurs employeurs<sup>5</sup>. Qu'une loi traduisant de bonnes intentions, mais modifiant des habitudes, ne produisait pas d'effet utile, c'était, en apparence, une nouvelle digne de mention en 1967 ! Cela paraît cocasse à notre époque alors que, dans différents pays développés, l'on a adopté la pratique de demander une étude « d'impact » de toute loi ou mesure législative !

Le peu d'empressement des sciences sociales à faire des contributions au droit est sans doute également dû à l'insistance des juristes sur l'autonomie du droit. À l'origine, cette position a pu se justifier par le souci de se défendre de l'ingérence des autorités dans leurs décisions<sup>6</sup>. Mais par la suite, le maintien de cette attitude a pu bien servir la préservation du monopole des juristes sur les services juridiques.

S'il était admis que le droit avait une mission sociale et qu'il fallait en savoir un peu sur la société pour s'en occuper, les juristes étaient convaincus, jusque dans les années 1960, que ce « peu » pouvait être acquis par le sens commun et l'étude détaillée des textes de loi et de la jurisprudence, enrichie éventuellement par quelques années de pratique du droit<sup>7</sup>.

Ceci situe le contexte dans lequel l'économie du droit a dû se frayer un chemin, d'abord aux États-Unis, ensuite ailleurs également<sup>8</sup>, évolution que nous devons étudier maintenant.

---

<sup>5</sup> Aubert 1967.

<sup>6</sup> Posner 1987, 762.

<sup>7</sup> Posner 1987, 763.

<sup>8</sup> Mackaay 2000.



## **II. L'UNION DE FAIT : L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT**

### **A. Un peu d'histoire**

La vague actuelle d'analyse économique du droit a commencé, vers la fin des années 1950, comme une initiative ludique d'économistes s'aventurant hors de leur champ d'études habituel. Avant cela, les économistes étudiaient le fonctionnement du marché en focalisant sur des facteurs

« économiques » affectant sa performance : l'échange et la spécialisation, la concurrence, l'innovation, la monnaie et le système bancaire. Ils reconnaissaient bien l'importance des institutions que sont les droits de propriété, le droit des contrats, la responsabilité civile et pénale, le droit de sociétés commerciales et des valeurs mobilières et la réglementation de diverses natures. Mais dans la conception admise, ces éléments étaient considérés comme fixés en dehors de l'économie ; ils étaient établis pour des considérations propres au droit et n'ayant rien à voir avec la performance économique optimale.

À partir de la fin des années 1950, quelques économistes ont posé l'hypothèse que ces institutions juridiques de fond n'étaient pas forcément fixées une fois pour toutes à l'extérieur du système économique, que leur qualité pouvait varier et que les variations pouvaient avoir des conséquences économiques perceptibles. Cela invitait à une exploration de l'idée que les institutions juridiques pouvaient être modulées en fonction de considérations liées à la performance économique ou encore que leur forme pouvait s'expliquer par de telles considérations.

Les explorations des économistes étaient basées sur des prémisses simples. Les règles juridiques, en attachant des peines ou des récompenses aux comportements des individus, modifient leurs incitations à agir. Les individus adaptent leurs comportements de manière rationnelle et prévisible. La prévisibilité de ces réponses rend les effets des règles prévisibles. On peut alors déterminer si les effets prévisibles poussent dans le sens de l'augmentation du bien-être collectif (efficience économique).

Les premières explorations de ces idées, dans différents champs du droit, étaient plutôt encourageantes. Coase, dans un article devenu l'un des plus commentés dans la littérature économique, a prouvé qu'une allocation erronée (inefficace) de droits de propriété serait corrigée par les intéressés, sauf si des coûts de transaction les en empêchaient<sup>9</sup>. Demsetz, pour sa part, a montré que

---

<sup>9</sup>

Coase 1960.

les humains créent des droits de propriété pour mettre fin à des conflits qui surgissent lorsque des ressources deviennent rares. La rareté se manifeste lors que plusieurs personnes envisagent de faire, de la même ressource, des usages incompatibles entre'eux et possiblement sources de conflit. Il illustre cette thèse à l'aide de comportements observés chez des tribus amérindiennes dans le Labrador, lorsque la demande accrue pour des fourrures de la part des Européens rendait rares les animaux à poil<sup>10</sup>. Les tribus ont alors procédé à la reconnaissance de terres exclusives de chasse (droits de propriété collectifs) aux différentes tribus, les lignes de démarcation étant indiquées par des arbres brûlés.

Dans le domaine de la responsabilité civile, c'est Calabresi, juriste de formation, qui a marqué le changement. Il a proposé d'analyser la responsabilité civile comme une institution visant à encourager les auteurs de dommages potentiels à autrui à prendre des mesures de précaution à leur disposition si celles-ci sont moins onéreuses que l'accident et ses dommages ainsi évités. On minimise de la sorte la somme des coûts des accidents et des précautions visant à les éviter. Les dommages prouvés en cour et que le fautif doit payer lui servent de barème pour déterminer les précautions justifiables. La faute consiste à laisser se produire un accident qu'on aurait pu éviter à bon compte. La causalité restreint le cercle des personnes pouvant être tenues responsables d'un dommage créé à celles qui ont une prise effective sur les actes causant l'accident<sup>11</sup>.

Dans le domaine du droit des sociétés commerciales, c'est Manne qui a provoqué ce qui a été appelé une véritable révolution<sup>12</sup>, en proposant une analyse sensée de la responsabilité limitée des actionnaires. Loin d'être un mauvais tour joué aux créanciers, elle devait faciliter l'accès au capital externe pour les entrepreneurs, en permettant aux investisseurs de diversifier les risques et donc d'investir davantage. Les créanciers, connaissant le risque de déconfiture, pouvaient incorporer la prime d'assurance implicite dans les prix pour les biens ou services livrés<sup>13</sup>. Tout le monde profite du niveau accru d'activités innovatrices ainsi financées.

Ces premiers résultats ouvraient un vaste agenda de recherche visant à déterminer pour toutes les institutions juridiques si leurs effets économiques étaient efficaces au sens des économistes et permettaient de les comprendre. Mais si ces découvertes pouvaient paraître fort prometteuses aux économistes,

---

<sup>10</sup> Demsetz 1967. McManus 1972 formule un bémol sur l'exactitude des faits sur lesquels se base Demsetz.

<sup>11</sup> Calabresi 1961 et 1970.

<sup>12</sup> Romano 2005.

<sup>13</sup> Manne 1967.

cela n'aurait pas suffi à convaincre les juristes de s'y intéresser. Pour cela, il fallait deux découvertes cardinales :

1) L'étude économique des règles juridiques de la common law classique aboutissait à la conclusion que la plupart d'elles avaient été formulées comme si le but était de promouvoir l'efficacité économique ;

2) En même temps, les règles juridiques ayant cette caractéristique d'efficacité paraissent aux juristes comme étant justes ou équitables. Cette deuxième découverte donnerait prise sur le concept notoirement fugace de la justice !

C'est à un juriste qu'il incombait d'expliquer ces découvertes aux juristes et de montrer qu'elles valaient à travers les différents champs de droit. Ce juriste a été Richard Posner<sup>14</sup>.

Posner formula la première découverte comme la thèse de l'efficacité de la common law américaine traditionnelle, thèse qu'il a maintenue à travers les différentes éditions de son traité<sup>15</sup>. En privé, il aurait admis qu'il y aurait là une part d'exagération<sup>16</sup>.

Dans la 8<sup>e</sup> édition de son traité, Posner formule la remarquable thèse portant que « l'économie constitue la structure profonde de la common law, les doctrines du droit en forment la structure de surface. »<sup>17</sup> Si cette thèse est juste, elle élargirait de façon remarquable l'agenda de recherche de l'analyse économique du droit !

Voyons maintenant, à l'aide de deux exemples, ce que veut dire la thèse de l'efficacité du droit classique. Les exemples sont pris dans le droit civil, car il n'a pas de bonne raison pour penser que la thèse de l'efficacité se limiterait à la seule common law<sup>18</sup>.

## ***B. Comment fonctionne l'analyse économique du droit : deux exemples***

### ***Les trésors d'art méconnus***

Dans la jurisprudence française relative à l'erreur-vice de consentement, il y a les célèbres affaires Poussin<sup>19</sup>, Fragonard<sup>20</sup> et Baldus<sup>21</sup>, où les tribunaux ont

---

<sup>14</sup> Posner 1972.

<sup>15</sup> Posner 1972, 98 ; 2011, 320.

<sup>16</sup> Priest 2012, 211.

<sup>17</sup> Posner 2011, 315 : « l'économie constitue la structure profonde de la common law, les doctrines du droit en forment la structure de surface. »

<sup>18</sup> Pour un résumé du débat, voir Mackaay 2014.

<sup>19</sup> Civ. 1<sup>er</sup>, 13 décembre 1983, *Bull. civ. I*, no 293; Fabre-Magnan 2004, n<sup>os</sup> 108 s., pp. 273 s. ; Mackaay 2008a, n<sup>o</sup> 1486 s., pp. 409-10.

<sup>20</sup> Civ. 1<sup>er</sup>, 25 mai 1992, *Bull. civ. I*, no 165, *JCP G* 1992. I. 3608, 370; Fabre-Magnan 2004, n<sup>o</sup> 121, p. 309; Mackaay 2008a, n<sup>os</sup> 1491 s., pp. 410-411.

été amenés à s'interroger sur le point de savoir si le vendeur qui, sans le savoir, a vendu un chef-d'œuvre pour une chanson est admis à plaider « erreur » pour défaire la vente.

Dans une approche positiviste du droit, on se pose la question de savoir si le concept d'*erreur*, traditionnellement réservé à l'acheteur, peut être étendu au vendeur, vu que le texte des articles 1109 et 1110 du Code civil<sup>22</sup> ne le précise pas. Dans une analyse économique, en revanche, on s'interroge sur les effets incitatifs d'une décision dans un sens ou dans l'autre. Si le vendeur peut faire annuler la vente pour erreur, les acheteurs de ce monde vont être plus prudents, les marchés d'occasion peuvent tarir, les experts auront plus de mal à monnayer leur expertise (et pourraient hésiter à l'acquérir). Les vendeurs pourraient devenir moins prudents, mais hésiteront moins à mettre en vente des trésors cachés au grenier. Cela est de nature à faire évoluer les biens vers un usage plus valorisé.

Si les vendeurs ne sont pas admis à plaider erreur pour défaire la vente, ils sont encouragés à consulter un expert avant de mettre en vente ce qui ils trouvent au grenier ; s'il se trompe, l'expert peut être recherché pour faute professionnelle (avec assurance). Certains vendeurs, craignant la dépense de l'expertise, vont peut-être s'abstenir de mettre en vente leurs objets précieux.

Dans les décisions évoquées, la Cour de cassation semble avoir coupé la poire en deux. Le vendeur est admis à invoquer l'erreur pour défaire la vente, mais l'acheteur dont l'expertise a permis de découvrir le trésor méconnu a droit à une indemnité, car autrement son expertise aurait conféré un enrichissement sans cause au vendeur non expert. On donne ainsi une incitation à une certaine prudence aux deux parties prises dans cette interaction. La formule trouvée rappelle celle que le Code formule pour les cas du trésor enfoui trouvé sur le terrain d'autrui<sup>23</sup>.

### *L'expédition pour photographier les ours polaires*

Imaginons que, il y a un demi-siècle, vous aviez formé le projet d'aller photographier et filmer des ours polaires – en danger appréhendé d'extinction – au nord de la province de l'Ontario, au Canada. Un magazine souhaitant publier un photoreportage sur la question parraine le projet financièrement, moyennant votre engagement de leur fournir toutes les photos et les entrevues en exclusivité.

<sup>21</sup> Civ 1<sup>er</sup>, 3 mai 2000, *Bull. civ.* I, no 131, *D.* 2000. IR. 169, *JCP G* 2001. II. 10510, note C. Jamin ; Fabre-Magnan 2004, n° 122, p. 310 ; Mackaay 2008a, n°s 1493 s., pp. 411-412.

<sup>22</sup> Les dispositions touchant l'erreur seront modifiées au 1<sup>er</sup> mars 2019. Les nouveaux articles 1130 à 1136 ne changent pas la problématique esquissée dans le texte.

<sup>23</sup> 716 Code civil français; 938 Code civil du Québec.

Vous réunissez votre équipe et vous faites transporter, avec votre équipement, au nord de l'Ontario. L'expédition est une réussite et vous prenez beaucoup de photos. Au retour, vous confiez le développement des films à une boutique de développement. La boutique fait une bétise et gâche les photos irrémédiablement.

La question juridique est de savoir qui doit assumer la perte. Admettons qu'aucune stipulation particulière dans le contrat ne régit la question et que le problème doit être résolu suivant les règles du droit commun dans le Code.

Pour le juriste, il peut paraître injuste d'imposer la perte entière à la boutique, vu qu'elle s'occupe normalement de matériel de valeur moindre et ne pouvait prévoir des dommages si importants. Le Code civil, à l'article 1231-3, énonce :

*Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive<sup>24</sup>.*

Les dommages prévisibles devraient alors se limiter à peu près au coût du film gâché, loin du coût de l'ensemble de l'expédition.

Qu'en dit l'analyse économique du droit ? Elle regarde les effets incitatifs résultant d'une décision en un sens ou dans l'autre. Si la boutique est responsable et doit rembourser le coût de l'expédition à titre de dommages-intérêts, elle envisagera plus de précautions, plus de personnel ou des machines plus sophistiquées. Ou elle peut souscrire une assurance supplémentaire ouvrant les dommages exceptionnels. Pour la plupart des clients (si la boutique ne peut les distinguer), toutes ces dépenses, incorporées dans le coût des services, sont superflues. Ce régime n'encourage en rien l'organisateur de l'expédition vers les ours polaires à une prudence particulière.

Si le client ne peut recouvrer qu'une infime partie du coût de l'expédition à la boutique (et le sait à l'avance), il est encouragé à prendre lui-même les précautions utiles : double équipement; plusieurs clichés de chaque scène ; développement dans plusieurs boutiques (pour diversifier le risque) ; chercher des boutiques spécialisées ; souscrire une assurance pour ce type de risque. Les mesures de précaution sont alors ajustées aux enjeux de l'expédition ; elles sont, pourrait-on dire, *internalisées* à la source et ne débordent pas sur d'autres personnes.

En comparant les solutions, la dernière est manifestement la meilleure, car la moins coûteuse, et donc l'efficace. Pour encourager la boutique à un minimum de prudence, il est néanmoins opportun de lui imputer une certaine obligation de dédommagement. C'est justement ce que fait la règle des dommages prévisibles du Code civil.

<sup>24</sup>

L'art. 1613 du Code civil du Québec va dans le même sens.

En mettant ensemble le droit et l'économie dans ce problème, on peut formuler la conclusion lapidaire :

*solution juste = solution efficiente = solution du Code.*

Bien entendu, en pratique, les boutiques vont s'informer de la valeur de l'enjeu avant d'accepter la charge ; elles vont adopter des contrats standard avec limitation de leur responsabilité, offrir la possibilité d'une assurance particulière (moyennant augmentation du prix de développement) ou encore confier le développement à un sous-traitant spécialisé ou envoyer le client à une boutique spécialisée.

### **C. La place de l'analyse économique du droit**

Bien que l'AED fournisse plein de perspectives éclairantes sur le droit, elle n'est pas en soi une théorie du droit – elle ne dit pas ce qui est du droit et ce qui n'en est pas. Elle fournit une méthode pour saisir les principaux effets des règles juridiques, existantes ou potentielles. Elle permet de tirer à la surface les finalités sous-jacentes qui ont pu historiquement présider à la formulation des règles.

Voici ce qu'en dit Posner en 2000 :

Le rôle de l'approche économique dans des débats moraux et politiques est d'attirer l'attention sur des conséquences ou implications que des personnes qui ignorent cette approche pourraient manquer. Ce que vous faites avec ces conséquences est votre affaire<sup>25</sup>.

En discutant des règles du hockey sur gazon, nous avons vu à quel point les considérations de structure (armature) et de finalité sont maillées. Pour bien cerner le rôle des unes et des autres, écoutons Brian Bix :

L'idée de se laisser guider par des règles ... est que les objectifs ultimes sont mieux servis lorsque les règles sont appliquées 'formellement', telles qu'écrites, avec peu ou pas de considération des conséquences à court terme ... les systèmes juridiques, comme les règles, fonctionnent probablement le mieux lorsqu'ils sont traités, jusqu'à un certain degré, comme une sorte de logique, qui devrait être appliquée selon ses propres conditions et standards.<sup>26</sup> »

Pourtant le droit est jugé en dernier ressort par ses effets sur la société. Lorsque des développements sociaux font que les règles juridiques sont sérieusement décalées par rapport à leur mission sociale, il faut aux juristes un

<sup>25</sup> Posner 2000, 200 (...) *the role of economics in moral and political debate is to draw attention to consequences or implications that people ignorant of economics commonly overlooked. What you do with those consequences is your business.*

<sup>26</sup> Bix 2005, 986.

système d'alarme les avertissant qu'une réforme est de mise. L'AED est capable de fournir aux juristes un tel système d'alarme.

Une fois qu'une réforme est envisagée, l'analyse économique du droit est un outil essentiel au processus de réforme, informant sur les effets prévisibles des options envisageables et le choix entre eux.

Elle a aussi un rôle essentiel pour la science du droit. Pour le doctorant, qui tente de créer de l'ordre dans un coin de l'univers juridique encore peu exploré, elle peut fournir un cadre structurant. Si, par exemple, le doctorant se fait demander comment rimer la pénurie du sang (plasma) avec la restriction du Code civil limitant le transfert du sang au don, il est utile d'analyser le problème comme un marché imparfait, en raison d'une propriété incomplète, et de poursuivre l'analyse sur les raisons de cette restriction, d'étudier les effets dans des pays qui n'en connaissent pas et le moment de l'histoire où la restriction est apparue, etc.

L'analyse économique du droit permet de structurer la problématique et d'orienter les démarches de recherche à entreprendre. Ces qualités sont éminemment utiles lors qu'il s'agit d'appréhender le rôle du droit dans la croissance économique<sup>27</sup>, dans la protection de l'environnement ou dans le développement économique, ou encore dans la façon dont il convient d'encadrer les manipulations génétiques que la recherche rend possibles ou les opérations de toute nature sur l'internet qui traversent allègrement les frontières nationales et paraissent faire fi des règles nationales aux endroits où se trouvent les internautes. C'est encore l'analyse économique du droit qui nous donnera une prise sur le populisme et son lien avec les soubresauts du développement économique, pour mieux voir le rôle du droit afin d'éviter que des réactions populistes dérèglent l'ordre économique sur lequel notre bien-être est basé<sup>28</sup>.

Pour la doctrine juridique, l'AED permet souvent de retrouver la finalité sous-jacente d'un domaine de droit et ainsi de mieux voir ce qui unit les règles. Dans le domaine de la responsabilité civile<sup>29</sup> et celui du droit de l'entreprise<sup>30</sup>, cet effet est marquant. L'effet structurant de l'analyse économique du droit est mis en évidence par la belle formule de Frison-Roche voulant qu'elle permette parfois de « redonner une lisibilité à un magma de règles<sup>31</sup> ».

L'analyse économique du droit peut-elle être utile au praticien qui doit plaider sa cause devant la cour, en s'appuyant sur des textes ? Comme nous l'avons vu en discutant des règles du hockey sur gazon, dès qu'il y a un

---

<sup>27</sup> Mackaay 2016.

<sup>28</sup> Mackaay 2019.

<sup>29</sup> Mackaay 2008, nos 1158-1288, pp. 326-360; Maitre 2005.

<sup>30</sup> Romano 2005.

<sup>31</sup> Frison-Roche 2004, § 33.

problème d'interprétation, les considérations de finalité reviennent au galop. Pour l'illustrer, je voudrais discuter brièvement de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Piché c. Fournier*<sup>32</sup>.

Voici, brièvement résumés, les faits. Mme Piché a un fils adulte schizophrène, Alain, dont elle s'occupe intensivement. Voulant assurer qu'on pourra s'occuper de lui lorsqu'elle ne sera plus là, elle le nomme héritier unique.

Dans un accès de rage total (Delirium), Alain tue sa mère à coup de machette. Au procès pénal, sur la foi du témoignage d'experts psychiatres qui observent un « délire complexe », Alain est déclaré criminellement non responsable, vu que, délirant, il ne réalisait pas ce qu'il faisait. Que va-t-il arriver sur le plan du droit civil ?

Le Code civil du Québec<sup>33</sup> prévoit :

621. Peut être déclaré indigne de succéder:

1° Celui qui a exercé des sévices sur le défunt ou a eu autrement envers lui un comportement hautement répréhensible;

Le reste de la famille intente un recours visant à faire déclarer Alain indigne de succéder.

La question essentielle pour la justice est de savoir si les sévices présupposent l'intention de faire mal. Le plaideur pour la famille voudra faire appliquer l'article tel quel. Le texte de l'article 621 est présenté comme clair. Celui qui défend Alain plaidera que l'article vise à décourager le mal intentionnel et qu'il ne s'adresse pas aux personnes incapables former une telle intention. L'interprétation à donner à l'article 621 met en discussion la finalité de l'article et donc, implicitement, ses effets visés.

La cour de première instance donne raison à la famille en tablant sur une lecture littérale de l'article 621. La cour d'appel, dans une décision unanime, infirme cette décision et donne raison à Alain, en faisant valoir que l'intention doit compter et que la mère, bien au courant de la maladie de son fils, a refusé de modifier son testament.

---

<sup>32</sup> [2010] QCCA 188  
(<https://www.canlii.org/fr/qc/qcca/doc/2010/2010qcca188/2010qcca188.html?searchUrlHash=AAAAAQAgUGljaMOpiGMuIEZvdXJuaWVvYDIwMTAgUUNDQSaxODgAAAAAAQ> ).

<sup>33</sup> Correspondant à l'art. 726 du Code civil français.



## **CONCLUSION**

Dans cet article, nous nous sommes interrogés sur l'union possible entre le droit et l'économie. Le droit est, en première analyse, une discipline qui table sur la formulation et l'interprétation d'ensembles complexes de règles visant à réguler la vie en société. L'évolution récente des technologies de l'information a augmenté de façon spectaculaire le volume des textes auxquels on peut effectivement avoir accès. Cela a fait sauter les contraintes qu'il y avait à l'adoption de nouveaux textes. Nous connaissons maintenant une véritable inflation normative.

Cette inflation risque de faire oublier le pendant du droit comme textes, à savoir le droit comme impact sur la société. Ce pendant est toutefois incontournable, car le droit n'est accepté que s'il produit des effets sociaux souhaitables. Comment le juriste s'informe-t-il de ces effets sociaux ? La seule intuition du juriste et l'étude des décisions judiciaires ne suffisent pas. Il faut se tourner vers les sciences sociales.

Parmi celles-ci, la science économique est le dernier venu, mais celle qui est la plus prometteuse. Elle donne lieu à l'analyse économique du droit. L'analyse économique du droit offre des perspectives intéressantes dans tous les champs du droit. Pourtant elle n'est pas elle-même une théorie du droit. Pour l'application pratique du droit, il importe de se fier aux textes juridiques tels que rédigés. L'application formelle des règles de droit offre une économie dans le fonctionnement du droit, qui serait inaccessible si l'on voulait calculer la solution efficiente économiquement à tout différend qui surgit en société. Le savoir classique du juriste prime ici.

Le droit formel, avec une complexité sans cesse croissante, peut se trouver décalé par rapport à la mission sociale qu'elle doit remplir. Il s'agit alors pour le juriste de disposer d'un système d'alarme qui l'avertit de la nécessité d'adapter ou de réformer la règle écrite. L'analyse économique du droit peut fournir un tel système d'alarme.

Si la réforme est de mise, l'analyse économique du droit donne prise sur les effets de règles alternatives à envisager. En pointant les effets des règles et en retrouvant, à travers leur formulation, leur finalité, l'analyse économique du droit permet de mieux voir la structure profonde du droit. Dans un sens voisin, elle permet de structurer un domaine du droit encore peu exploré, comme le découvrent, à leur profit, les doctorants.

Comment envisager l'union de fait entre le droit et l'économie ? Pour l'application courante du droit, l'approche, plutôt positiviste, du juriste est de mise. En même temps, le juriste doit être équipé pour saisir les effets sociaux

du droit ou pour en discuter intelligemment avec les personnes mieux formées pour les saisir dans des cas complexes. C'est l'analyse économique du droit qui peut fournir ce savoir, complémentaire au savoir propre du juriste. Convainquons les juristes de l'insérer dans la formation en droit, de préférence en accompagnement de l'étude du droit positif.

## BIBLIOGRAPHIE

- Aubert 1967** : Aubert, Vilhelm, « Some Social Functions of Legislation », (1967) 10 *Acta sociologica* 97-120
- Bix 2005** : Bix, Brian H., Law as an Autonomous Discipline, in: *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Peter Cane and Mark Tushnet (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 975-987
- Calabresi 1961** : Calabresi, Guido, « Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts », (1961) 70 *Yale Law Journal* 499-553
- Calabresi 1970** : Calabresi, Guido, *The Cost of Accidents – A Legal and Economic Analysis*, New Haven, Yale University Press, 1970
- Coase 1960** : Coase, Ronald H., « The Problem of Social Cost », (1960) 3 *Journal of Law and Economics* 1-44
- Demsetz 1967** : Demsetz, Harold, « Toward a Theory of Property Rights », (1967) 57 *American Economic Review* 347-359
- Fabre-Magnan 2004** : Fabre-Magnan, Muriel, *Les obligations*, Paris, Presses universitaires de France, 2004
- Frison-Roche 2004** : Frison-Roche, Marie-Anne, L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit, Colloques, Cour de cassation, 2004,  
[https://www.courdecassation.fr/formation\\_br\\_4/2004\\_2034/anne\\_frison\\_8184.html](https://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2004_2034/anne_frison_8184.html)
- Gaudreault-Desbiens 2015** : Gaudreault-Desbiens, Jean-François, Ejan Mackaay, alterciviste, dans: *Juriste sans frontières - Mélanges Ejan Mackaay*, Stéphane Rousseau (dir.), Montréal, Éditions Thémis, 2015, pp. 105-120
- Mackaay 1987** : Mackaay, Ejan, «Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste?», (1987) 1987-2 *Revue de la recherche juridique - Droit prospectif* 419-427; <http://www.henricapitant.org/revue/fr/n1>
- Mackaay 2000** : Mackaay, Ejan, History of Law and Economics, dans: *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. I, Boudewijn Bouckaert et Gerrit De Geest (dir.), Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2000, pp. 65-117; <http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>
- Mackaay 2008** : Mackaay, Ejan, «Remarques introductives au Colloque L'analyse économique du droit – Autour d'Ejan Mackaay», (2008) 33 *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif* 2461-2468
- Mackaay 2008a** : Mackaay, Ejan et Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, Paris/Montréal, Dalloz-Sirey/Éditions Thémis, 2008, (2<sup>e</sup> éd.)
- Mackaay 2014** : Mackaay, Ejan, « La valeur des rapports Doing business aujourd'hui », (2014) 2014 *La Revue de l'ERSUMA* 111-136 ( <http://revue.ersuma.org/no-special-idef-mars-2014/l-interpenetration-des-systemes/article/la-valeur-des-rapports-doing> )
- Mackaay 2016** : Mackaay, Ejan, Law and Economics From where, to where, dans: *Polish Yearbook of Law & Economics*, Jarosław Beldowski, Katarzyna Metelska-Szaniawska et Louis Visscher (dir.), Warsaw, C H Beck, 2016, pp. 5-28
- Mackaay 2019** : La dynamique économique et le populisme, à paraître dans *Mélanges en l'honneur de Serge Schweitzer*, Presses de l'Université d'Aix-Marseille, 2019
- Maitre 2005** : Maitre, Grégory, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005
- Manne 1967** : Manne, Henry G., « Our Two Corporate Systems: Law and Economics », (1967) 53 *Virginia Law Review* 259-284
- McManus 1972** : McManus, John, « An Economic Analysis of Indian Behavior in the North American Fur Trade », (1972) 32 *Journal of Economic History* 36-53
- Posner 1972** : Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown and Cy, 1972, (1<sup>e</sup> éd.); 2011 (8<sup>e</sup> éd.); 2014 (9<sup>e</sup> éd.)
- Posner 1987** : Posner, Richard A., «The Decline of Law as an retrouvantAutonomous Discipline: 1962-1987», (1987) 100 *Harvard Law Review* 761-780
- Posner 2000** : Posner, Richard A., Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law, dans : *Chicago Lectures in Law and Economics*, Eric A. Posner (dir.), New York, Foundation Press, 2000, 189-202
- Priest 2012** : Priest, George L., «The Curious Treatment of Capitalism in Legal Education», (2012) 49 *Society* 216-222
- Romano 2005** : Romano, Roberta, « After the Revolution in Corporate Law », (2005) 55 *Journal of Legal Education* 342-359

**Schweitzer 2015** : Schweitzer, Serge and Loïc Floury, *Droit et Économie : Un essai d'histoire analytique*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015